

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO**

MYRIAN ROSA DA SILVA

**APLICAÇÃO DA PENA: ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS
JUDICIAIS PESSOAIS DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA**

**CACOAL – RO
2016**

MYRIAN ROSA DA SILVA

**APLICAÇÃO DA PENA: ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS
JUDICIAIS PESSOAIS DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL**

Monografia apresentada ao curso de direito da
Fundação Universidade Federal de Rondônia-UNIR –
Campus Professor Francisco Gonçalves Quiles –
Cacoal, como requisito parcial para obtenção do grau
de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação da
professora Mestre Bruno Milenkovich Caixeiro.

**CACOAL – RO
2016**

Silva, Myrian Rosa da.
S586a Aplicação da pena: análise das circunstâncias
judiciais pessoal do Artigo 59 do Código Penal/Myrian
Rosa da Silva– Cacoal/RO: UNIR, 2016.
51 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação).
Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal.
Orientador: Prof. M.e Bruno Milenkovich Caixeiro.

1. Direito penal. 2. Processo penal. 3.
Circunstâncias judiciais. 4. Magistrados. I. Caixeiro,
Bruno Milenkovich. II. Universidade Federal de Rondônia
– UNIR. III. Título.

CDU – 343

Catálogo na publicação: Leonel Gandi dos Santos –
CRB11/753

**APLICAÇÃO DA PENA: ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS
JUDICIAIS PESSOAIS DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL**

MYRIAN ROSA DA SILVA

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professor M.e Bruno Milenkovich Caixeiro- presidente

Professor M.e Victor de Almeida Conselvan – UNIR - Membro

Professor Esp. William Ricardo Grili Gama - UNIR - Membro

Conceito: 7.7

Cacoal, ____/____/____.

Dedico este trabalho a Deus por ter me sustentado e direcionado com seu imensurável amor. Dedico também a meus pais Luiz Carlos, minha mãe Maria, meu esposo Carlos, ao meu filho Isaac. A todos vocês o meu muito obrigada pelo apoio incondicional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, em primeiro lugar, o centro e o fundamento de tudo em minha vida, por renovar a cada momento a minha força e disposição e pelo discernimento concedido ao longo dessa jornada.

Ao meu esposo Carlos Oliveira Spadoni que empreendeu grande esforço para que esse momento pudesse chegar, sabendo compreender as dificuldades enfrentadas no decorrer do curso.

Ao meu querido e amado filho Isaac que suportou as ausências e os momentos de estresses, obrigada pela compreensão.

Aos meus pais pelo apoio silencioso, sempre presentes e com as palavras certas nos momentos difíceis.

Aos meus irmãos, sobrinhos, tios e primos, obrigada por sempre estarem presentes nos momentos mais complicados.

Agradeço as Professoras Janaína e Noemi, quero aqui expressar o meu reconhecimento e admiração pela competência profissional e minha gratidão pela vossa amizade, por serem profissionais extremamente qualificadas e pela forma humana com que compreenderam o momento pelo qual eu estava passando.

A professora mestre Sônia Mara Nita pelas incontáveis orientações e por estar sempre pronta a ajudar.

Ao meu orientador, prof. Ms. Bruno Milenkovich Caixeiro, que partilhou comigo as suas ideias, conhecimento e experiências. Quero expressar o meu reconhecimento e admiração pela sua competência profissional e pela forma humana que conduziu minha orientação.

A Psicóloga Fabíola Paulino Ruzante Fernandes que caminhou comigo nesses cinco anos, sem seu apoio essa conquista seria impossível, obrigada pela compreensão, incentivos constantes e principalmente pelo carinho e companheirismo nos momentos em que a tarefa parecia pesada demais, quase impossível, obrigada por tudo.

Dedico a vocês esse trabalho com todo amor e carinho.

*“A força do direito deve superar o direito da
força”.*Rui Barbosa

RESUMO

A aplicação da pena no processo penal brasileiro segue o sistema trifásico e no momento de aplicar a pena base consideram as circunstâncias presentes no artigo 59 do Código Penal. Ocorre que, entre essas circunstâncias, estão presentes algumas a serem consideradas que são de caráter subjetivo, tais como, a personalidade do agente e a conduta social, as quais exigem um grau de valoração pelo juiz no momento da fixação da pena base. Além disso, a lei não prevê o quantitativo a ser considerado no momento de aumentar a pena ou diminuir a pena base, ao aplicar os critérios positivos ou negativos do art. 59 do Código Penal. Diante disso, foi realizado um estudo para verificar a aplicabilidade do princípio da legalidade frente aos critérios elencados no artigo 59 do Código Penal e outros princípios que orientam a aplicação da pena, quais sejam, o princípio da individualização da pena, o princípio da motivação e princípio do *in dubio pro reo*.

Palavras-chave:Aplicação da pena. Legalidade. Pena base.

ABSTRACT

The application of the penalty in the Brazilian criminal procedure follows the three-phase system and in the moment to apply the penalty base considers the present circumstances in article 59 of Penal Code. Occurs that between these circumstances, are present some to be considered that are subjective character, the agent's personality and social conduct, that require a degree of evaluation by the judge at the time of the base penalty fixing. Besides that, the law does not provide for the quantitative to be considered at the time to increase or decrease the base penalty, by applying positive or negative criteria of article 59 of Penal Code. Therefore, a study was realized to verify the applicability of the legality principle front to the criteria listed in article 59 of the Penal Code and others principles that guide the application of penalties, there are, the individualization principle, motivation principle and *in dubio pro reo* principle.

Keywords: Penalty Application. Legality. Base Penalty.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DA APLICAÇÃO DA PENA.....	13
1.1 DO SISTEMA TRIFÁSICO	13
1.2 DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS: 1º FASE DE APLICAÇÃO DA PENA	14
1.3 DA CULPABILIDADE.....	16
1.4 DOS ANTECEDENTES	20
1.5 DA CONDUTA SOCIAL	21
1.6 DA PERSONALIDADE DO AGENTE	22
1.7 DOS MOTIVOS DO CRIME	23
1.8 DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME	24
1.9 DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME.....	25
1.10 DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA	26
1.11 CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES.....	27
1.12 O SISTEMA TRIFÁSICO E A JUSTIÇA COMO MEIO-TERMO EM ARISTÓTELES.....	28
2 PRINCÍPIOS QUE REGEM A SENTENÇA PENAL.....	30
2.1 PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO.....	30
2.2 PRINCÍPIO DO CONVENCIMENTO MOTIVADO	30
2.3 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	32
2.4 DO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO.....	34
2.5 DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ	35
3 PROCESSO E PROCEDIMENTO.....	37

3.1 DOS ATOS DO JUIZ E A SENTENÇA	38
3.2DOS REQUISITOS DA SENTENÇA.....	39
3.3 DA OBSERVÂNCIA DA LEGALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA.....	41
3.4 O JUIZ E AS FORMAS DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA: DISTRIBUTIVA E COMUTATIVA.....	45
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
 REFERÊNCIAS.....	50

INTRODUÇÃO

Este trabalho se refere à aplicação da pena no processo penal, tendo como base os elementos a serem considerados pelo juiz na fixação da pena base, previstas no artigo 59 do Código Penal, os quais serão analisados mediante uma interpretação à luz dos princípios que orientam o sistema penal e processual e ainda os princípios constitucionais aplicáveis ao caso.

Tem por objetivo verificar se esses critérios utilizados pelo magistrado na dosimetria da pena, presentes no art. 59 do CP, no momento da fixação da pena base, no intuito de verificar se a subjetividade que alguns desses pressupostos trazem consigo e a falta de critérios quanto a quantificação a ser considerada no momento da consideração dos elementos positivo para aumentar a pena base, ou, os negativos para minorá-la, se estão em sintonia com o princípio da legalidade estrita, do *in dubio pro reo*, da individualização da pena, e outros princípios e fundamentos constitucionais que orientam todo o direito como o Estado Democrático de Direito, princípio da motivação entre outros.

Será desenvolvido por meio do método de interpretação jurídica dogmático, em razão de o tema ter como balizador o princípio da legalidade e a positivação do direito. E como meio de pesquisa, a técnica bibliográfica, por meio de referenciais teóricos publicados, com fundamentação também na norma jurídica e as disposições legais vigentes, em busca encontrar ao final uma possível resposta e possibilitar a solidificação sobre o tema.

Para análise do presente tema, o trabalho será estruturado em três capítulos, quais sejam:

O primeiro capítulo será sobre a aplicação da pena sistema trifásico de Nelson Hungria, tendo como orientador no momento de fixação da pena-base o art.

59 do CP, discorrendo sobre cada um dos elementos e ainda das circunstâncias agravantes e atenuantes de pena.

No segundo capítulo abordar-se-á os princípios que devem ser observados pelos magistrados no momento de fixação da pena, quais sejam: *in dubio pro reo*, convencimento motivado, individualização da pena, da correlação e identidade física do juiz.

Por último, o terceiro capítulo analisará o tema processo e procedimento, dos atos do juiz e a sentença, bem como, e a observância dos princípios da motivação e da legalidade no momento de aplicação da pena.

1 DA APLICAÇÃO DA PENA

No artigo 59 do Código Penal são enumeradas as circunstâncias judiciais do crime, quais sejam: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias, consequências e o comportamento da vítima, as quais serão exploradas detalhadamente.

Evidencia-se a conceituação dos critérios legais e comprovar a forma como os agentes do Direito Penal vêm aplicando a pena no decorrer do processo penal, sendo este o artigo principal para o estudo que se pretende da aplicação da pena.

1.1 DO SISTEMA TRIFÁSICO

De acordo com Masson (2012, p. 627), o método trifásico proposto por Nelson Hungria é usado nos dias atuais como meio de aplicação da pena privativa de liberdade no processo penal brasileiro. A pena-base é fixada, tendo por base o artigo 59 do Código Penal brasileiro. Posteriormente, considera-se as circunstâncias: atenuantes e agravantes por último as causas de aumento e diminuição.

Este método está previsto no Código Penal, inclusive, vem citado na exposição de motivos do supracitado dispositivo:

Decorridos quarenta anos da entrada em vigor do Código Penal remanescem as divergências suscitadas sobre claramente pelo critério das três fases, predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Fixa-se inicialmente, a pena-base, obedecendo o disposto no artigo 59: consideram-se, em seguida, as circunstâncias atenuantes e agravantes; incorporam-se ao cálculo, finalmente, as causas de diminuição e aumento (BRASIL, 1940).

Tendo por base esse modelo, o Código Penal, no artigo 68, prevê a dosimetria da seguinte forma, *in verbis*:

A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Parágrafo Único – No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

No método trifásico após esgotarem-se as vias processuais a pena aplicada

nessa fase será definitiva, não sendo, portanto, suscetível de alterações no grau da jurisdição em que for aplicada. Alteração só poderá acontecer após a certificação do trânsito em julgado da sentença aplicada, e para que isso ocorra supõe-se que todas as fases recursais já foram decorridas.

1.2 DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS: 1º FASE DE APLICAÇÃO DA PENA

Na dosimetria da pena percebe-se a subjetividade que alguns desses pressupostos trazem consigo e as divergências no momento da aplicação, gerando consequências práticas para o agente, pois podem elevar a pena mínima cominada ao delito.

Em razão de, a Constituição Federal ter como base o Estado Democrático de Direito, é necessário que o ao aplicar a pena, tenha como base os princípios e critérios legais a orientá-los. O juiz está atrelado aos critérios legais, e por isso não pode mensurar a pena de acordo com seu entendimento, pois, para aplicá-la é necessário levar em consideração vários fatores que acabam por afrontar o direito penal do autor, levando-se em consideração os pressupostos do artigo 59 do Código Penal.

O fato cometido deixa de estar no centro do julgamento para entrar em cena os critérios de personalidade e conduta social do autor, o que muitas vezes podem ser usados de forma arbitrária.

A fixação da pena-base com os critérios da personalidade e da conduta social são muito genéricos para permitir uma aplicação racional da pena e sua dosimetria, pois dá margem a modelos decisionistas, o que é uma afronta ao direito penal do autor.

De acordo com Ferreira (2000, p. 63):

A palavra base deriva do grego *básis* literalmente significa a planta do pé. Daí que a palavra sugere a ideia de parte que servirá de apoio a alguma outra coisa, como a planta do pé serve de apoio ao corpo. E é nesse exato sentido que o Código Penal a usou no artigo 59, pois a pena, encontrada a partir da apreciação das circunstâncias judiciais, entre o mínimo e o máximo fixados em abstrato pela lei, servirá de base para que sobre ela se apliquem as reduções ou aumentos porventura existentes contra ou a favor do réu.

O Código Penal não estabelece critérios rígidos para a aplicação da pena, permitindo certa discricionariedade por parte do juiz. No item 51 da exposição de

motivos da parte Geral do Código Penal, explana-se sobre o tema:

Fixa-se, inicialmente, a pena-base, obedecido o disposto no artigo 59; consideram-se, em seguida, as circunstâncias atenuantes e agravantes; incorporam-se ao cálculo, finalmente, as causas de diminuição e aumento. Tal critério permite o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria. Discriminação, por exemplo, em primeira instância, o quantum da majoração decorrente de uma agravante, o recurso poderá ferir com precisão essa parte da sentença, permitindo às instâncias superiores a correção de equívocos hoje sepultados no processo mental do juiz. Alcança-se, pelo critério a plenitude de garantia constitucional da ampla defesa.

Na reforma penal de 1984 a adoção do princípio da pena necessária, que foi incluída ao final do caput do artigo 59 é de grande relevância, “[...] conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”. A partir dos critérios de quantificação da pena a serem seguidos e examinados pelo julgador.

Segundo Mello (2003, p. 821):

As circunstâncias judiciais do crime não o constituem e nem o qualificam, mas sim, consubstanciam a margem da discricionariedade do magistrado, ou seja, dentro de uma moldura preestabelecida em lei, onde ele pode exercer livremente juízo subjetivo próprio, a atender coerentemente ao caso concreto e a finalidade legal.

A aplicação da pena não é desprovida de carga emocional, não podendo ser negada sua influência no resultado da dosimetria da pena, pois o fato mexe com os valores e choca a todos, inclusive o magistrado, causando certo clamor social; ainda que não sejam os diretamente afetados pelo fato que o agente praticou que o julgam, mesmo estando esse poder nas mãos estatal, ainda há muitas aplicações de penas desproporcionais aplicadas sob influências de fatores externos ao fato.

No artigo 59 do Código Penal vêm previstos expressamente os fatores que devem ser seguidos pelo juiz na aplicação da pena:

Ao juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Incluído

pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

A individualização da pena deve acontecer na aplicação da pena, e para isso os parâmetros delineados no artigo acima possam ser utilizados pelo magistrado. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis tais como, a culpabilidade, a personalidade, as circunstâncias e as consequências do crime devem ser consideradas de maneira que a pena-base não seja desproporcional ou imotivada sua majoração acima do mínimo legal.

Ao individualizar a pena, deve o julgador, examinar com sagacidade os elementos relacionados ao fato, para a aplicação de uma pena justa. Pois, não pode o magistrado majorar a pena-base apenas fundamentado em referências vagas ou genéricas, levando-se sempre em consideração a consciência da ilicitude da conduta.

Desta maneira lembra Ferreira (2000, p. 66):

Que o juiz, ao estabelecer a pena-base, deverá esclarecer a quantidade de pena que utilizou em relação a esta ou aquela circunstância. Não basta dizer genericamente que levando em consideração tais e tais circunstâncias fixaram a pena-base em tanto. Tal providência se faz necessária não só para obedecer ao disposto no art.93, IX, da Constituição Federal, mas, sobretudo, para demonstrar ao réu e ao Tribunal, no caso de reapreciação da matéria, qual a exata quantidade de pena atribuída a cada circunstância.

Apesar do Código Penal não trazer especificado em rígidos esquemas e cálculos matemáticos a dosimetria da pena, é evidente que o poder discricionário que goza o magistrado poderá influenciar no resultado da aplicação da pena. Porém, quando as circunstâncias de que trata o artigo 59 forem favoráveis ao réu não será possível a majoração da pena, além do mínimo estabelecido.

1.3 DA CULPABILIDADE

As oito circunstâncias listadas no artigo 59 do Código Penal são chamadas de judiciais. De acordo com Boschi (2004, p.189) “como o próprio adjetivo sugere, ensejam que a carga de valor, positiva ou negativa, correspondente ao seu conteúdo, seja dada pelo juiz em cada caso concreto”, sendo, assim, deve ser fundamentada de forma minuciosa. A culpabilidade não encontra definição certa e

precisa no Código Penal. Para defini-la é necessário buscar respaldo nas doutrinas.

De acordo com o entendimento de Greco (2014, p.177):

A culpabilidade, como juízo de reprovação que recai sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente, é um dos elementos integrantes do conceito tripartido de crime. Assim, concluindo pela prática da infração penal, afirmando ter o réu praticado um fato típico, ilícito e culpável, o juiz passará a aplicar a pena. Percebe-se, portanto, ter sido que a condenação somente foi possível após ter sido afirmada a culpabilidade do agente.

Já Ferreira (2000, p.72) com base nas três mais notáveis conceitos da culpabilidade, sendo elas, a teoria psicológica, a normativa e a normativa pura, define culpabilidade como “um juízo de reprovação que recai sobre o agente mentalmente são, que praticou conscientemente um fato ilícito que poderia não praticar ou evitar, se quisesse”.

Desta maneira, o juízo de reprovação deve ser concebido a partir do conhecimento que o agente tinha da lei e da sua capacidade mental em optar por fazer o contrário do que está previsto na lei.

Como consequência de sua opção em agir contrariamente a lei, é considerado culpável e, portanto, merece ser punido na medida de sua culpabilidade, pois, o agente tinha condições em agir de outra forma e assim evitar cometer a infração que justifica uma punição.

De acordo com Santos (2003, p.109):

A culpabilidade como circunstância judicial, introduzida pela reforma penal de 1984 em substituição ao critério da intensidade do dolo ou grau de culpa da lei anterior, aparece em posição incomoda, pois a culpabilidade do autor pela realização do tipo de injusto não é mero elemento informador do juízo de reprovação, mas o próprio juízo de reprovação pela realização do tipo de injusto (o que é reprovado), cujos fundamentos são a imputabilidade, a consciência da antijuricidade e a exigibilidade de comportamento diverso (porque é reprovado).

De acordo com Bitencourt (2012, p. 14) são nulos os fundamentos da pena que consideram importantes os fatores da imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta diversa, como parâmetro para medir a pena. O autor salienta que a “o agente agiu com culpabilidade, pois tinha consciência da ilicitude do que fazia” claro, de outra maneira não seria delito; “o autor agiu de forma livre e consciente” óbvio, se fosse o contrário não existiria o dolo.

Segundo Greco (2014, p. 177):

Logo no primeiro momento, quando irá determinar a pena-base, o art.59 do Código Penal impõe ao julgador por mais uma vez, a análise da culpabilidade. Temos de realizar, dessa forma, dupla análise da culpabilidade: na primeira, dirigida à configuração da infração penal, quando se afirmará que o agente praticou o fato típico e ilícito era imputável, que tinha conhecimento sobre a ilicitude do fato que cometia e, por fim, que lhe era exigido um comportamento diverso: na segunda, a culpabilidade será aferida com o escopo de influenciar a pena-base.

Da mesma maneira, são inaceitáveis as sentenças que se motivam pelos fatores da culpabilidade como qualificador do crime, ou como causa especial de aumento, pois, dessa forma, afrontaria o princípio da dupla valoração, *bis in idem*. Um exemplo seria um crime de peculato, que é cometido por um funcionário público, em que não poderá o magistrado reportar-se a ele novamente, visto que, funcionário público já constituiu como elementar do tipo, não podendo ser analisada como circunstância judicial.

Ainda, de acordo com Boschi (2014, p. 72) é impossível estabelecer padrões de comportamentos em grupos díspares, como os doentes mentais ou hígidos, ou ainda, a aplicação de critérios subjetivos naqueles com incapacidade para compreender a ilicitude dos fatos.

Como segundo elemento da culpabilidade Boschi (2014, p. 72) entende que a potencial consciência da ilicitude é comparada a um grau profano, pois, se assim, não o fosse apenas os agentes do direito seriam culpáveis, pois, devido à profissão conhecem o direito de forma técnica. É muito difícil a determinação de quem conhece e tem perfeita compreensão do que é lícito e do que é ilícito. Por isso não é necessário se apurar se o conhecimento do agente é pleno e eficaz da lei. O juiz trabalhará sempre com uma possibilidade de que o agente tinha conhecimento das normas que reprovavam a prática de tais atos e nunca com uma certeza.

O terceiro elemento da culpabilidade é o poder-dever de agir de modo diverso, o ser humano é visto por alguns doutrinadores como um ser detentor do livre arbítrio, mas não pode ser provado de modo científico, assim, também o é o determinismo.

Assim apregoa Kant (1993, p. 22):

A vontade pode compreender o arbítrio assim como o simples *desejo*, entendo por isso que a razão pode determinar em geral a faculdade apetitiva. O arbítrio que pode ser determinado pela *razão pura* chama-se de livre arbítrio. O arbítrio que não é determinável a não ser por inclinação (*movil sensible, stimulus*) é um arbítrio animal (*arbitrium brutum*). O arbítrio humano, ao contrário, é tal que pode ser afetado por motivos, porém não

determinado e não, conseqüentemente, puramente por si (sem hábito adquirido da razão): pode, todavia, ser impelido à ação por uma vontade pura. A liberdade do arbítrio é esta independência de todo impulso sensível enquanto relacionado a sua determinação. Tal é a noção de liberdade negativa. A noção positiva pode ser definida: a faculdade da razão pura de ser prática por si mesma, o que não é possível somente pela submissão das máximas de toda ação à condição de poder servir de lei geral. Isso porque como razão pura aplicada ao arbítrio sem ter em conta o objeto deste arbítrio, a razão prática em sua qualidade de faculdade dos princípios (e neste caso dos princípios práticos, conseqüentemente, como faculdade legislativa) e na ausência da matéria da lei, a razão prática, dizíamos, nada mais pode fazer do que erigir em lei suprema, e em princípio de determinação do arbítrio, a forma da propriedade que possuem as máximas do próprio arbítrio de chegar a ser uma lei geral e prescrever esta lei como imperativo absoluto, visto que as máximas do homem, consideradas na causa objetiva, não se encontram por si mesmas em harmonia com as leis objetivas.

É questionável na sentença qual é a certeza do magistrado de que o acusado tinha as condições para evitar o crime por meio de uma mudança de conduta. Percebe-se que a menos que o acusado seja exposto à mesma situação do momento da prática do crime, o que não é viável nem aconselhável. Greco (2013, p. 72) preceitua que “a censurabilidade do ato terá como função fazer com que a pena percorra os limites estabelecidos no preceito secundário do tipo penal incriminador”.

De acordo com Zaffaroni (2004, p. 571):

É a reprovabilidade do injusto ao autor. O que lhe é reprovado? O injusto. Por que se lhe reprova? Porque não se motivou na norma. Por que se lhe reprova não haver-se motivado na norma? Porque lhe era exigível que se motivasse nela. Um injusto, isto é, uma conduta típica e antijurídica, é culpável quando é reprovável ao autor a realização desta conduta porque não se motivou na norma, sendo-lhe exigível, nas circunstâncias em que agiu, que nela se motivasse. Ao não se ter motivado na norma, quando podia e lhe era exigível que o fizesse, o autor mostra uma disposição interna contrária ao direito.

Muitos autores e dentre os quais Boschi (2004, p. 202), relatam que a ideia da figura do homem-médio, não é mais apropriada na resolução de tais problemas. Entende que “Culpável é o agente, que sabendo da reprovabilidade ínsita na norma, para atender a uma finalidade, decide violá-la, quando tinha o dever jurídico de agir de modo contrário”. O autor apregoa ainda que a culpa deve deixar de ser um fenômeno individual para ser um fenômeno social.

De acordo com Zaffaroni (2004 *apud* Boschi, 2014, p. 202):

Não é uma qualidade da ação, mas uma característica que se lhe atribui para poder imputá-la a alguém como seu autor e fazê-lo responder por ela.

É, pois, a sociedade, ou melhor, seu estado existentes em um determinado momento histórico, que define os limites do culpável e do inculpável, da liberdade e da não liberdade. Deste viés decorre o conceito de culpabilidade tem um fundamento social, antes que psicológico: ela não é uma categoria abstrata ou a histórica, à margem, ou inclusive, como uns acreditam, contrária às finalidades preventivas do direito penal, mas a culminação de todo um processo de elaboração conceitual destinado a explicar por que e para que, em determinado momento histórico, se recorre a um meio defensivo da sociedade tão grave como a pena, e, que medida se deve fazer uso desse meio.

Diante o exposto, vê-se que julgar não é uma das tarefas mais fáceis exercidas pelo magistrado, por tudo isso, é lamentável a padronização da pena, tornando os acusados em iguais no momento da aplicação da pena. E, quantas vezes o mesmo ato praticado por diferentes indivíduos e julgados por magistrados diversos tem resultados tão diferentes na cominação da dosimetria da pena, face a discricionariedade de que goza o magistrado ressalta-se de forma arbitrária no momento da punição.

1.4 DOS ANTECEDENTES

Antecedentes referem-se aos fatos ocorridos em momento anterior. Na esfera jurídica são considerados antecedentes criminais aqueles ocorridos antes do delito, contudo, não é qualquer fato que a doutrina e jurisprudência tem considerado antecedente, tendo consolidado na jurisprudência a aceitação apenas de sentenças condenatórias com transito em julgado em data anterior a prática do delito, que não sejam utilizados como fator de reincidência.

Por um vasto período já foi aceito como antecedentes ocorrências policiais e inquéritos policiais instaurados em desfavor do agente, contudo, após decisões e entendimentos diversos, consolidou entendimento pela não aceitação desses elementos com base em princípios constitucionais, como da presunção da inocência e da não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF).

Tanto é assim que o assunto foi sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (verbete n. 444) que diz, *in verbis*: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. Para que os antecedentes possam ser utilizados como fator negativo é necessário prova documental da prática do delito, geralmente atestado por certidão do escrivão. De outra maneira, há situações em que os antecedentes do agente são utilizados como reincidência, e

será observado na segunda fase do método trifásico (art. 63 e 68, ambos do CP).

Mas, pode ocorrer de a certidão cartorária atestar mais de uma condenação em datas anteriores ao fato criminoso, sendo possível aplicar uma dessas circunstâncias como mau antecedente, na primeira fase e outra na segunda fase, como reincidente. O art. 64 do CP prevê limite temporal de 5 anos aplicáveis em relação às situações de reincidência, não se referindo quanto ao prazo em que deverá figurar os antecedentes.

De acordo com Boschi (2014, p. 168) “carece de sentido que o decurso do tempo produza o desaparecimento da reincidência e não tenha a mesma força para fazer desaparecer os efeitos de causa legal de menor expressão, quais sejam, os antecedentes”.

Há parte da doutrina que não aceita os antecedentes como circunstâncias judiciais. De acordo com Carvalho (1987 *apud* Boschi, 2014, p. 169) esses elementos destoam da punição pelo *fato*, os novos postulados de penalização proíbem “elementos essencialmente morais, desprovidos de significado, sem averiguabilidade probatória e, conseqüentemente, isentos de possibilidade de refutação empírica”.

Por todo exposto, verifica-se que esse elemento, somados aos demais ainda a serem vistos, que são relacionados ao agente e a vítima, como fatores importantes de individualização da pena e por isso devem ser aplicados de maneira efetiva, de forma que a sentença torna-se singular, evitando a padronização de sentença e preservando o sentido e a legitimidade do direito penal e processual.

1.5 DA CONDUTA SOCIAL

A conduta social refere-se ao comportamento do agente no meio social. Isso implica em considerar o comportamento deste junto a família, a comunidade, amigos, ambiente de trabalho etc. Essa análise é um importante fator a ser verificado pelo magistrado para verificar se a reprimenda a ser aplicada é adequada, contudo exige um grau de subjetividade do magistrado, e muitas vezes torna-se de difícil aplicação.

De acordo com Boschi (2014, p. 170):

A valoração da conduta social deverá ser procedida em relação à sociedade na qual o acusado estiver integrado, e não em relação à 'sociedade formal' dos homens tido como 'de bem'. Sem dúvida, um indivíduo que, por exemplo, habite uma favela em paz e amizade com os vizinhos não pode receber uma valoração negativa, só porque o juiz, influenciado por variáveis ideológicas, tem o entendimento de que, na cidade, existem ambientes mais saudáveis para o desenvolvimento das relações sociais.

As informações sobre a vida do agente devem ser apresentadas no processo e geralmente são trazidas por meio de testemunhas, arroladas normalmente em resposta preliminar.

Essa conduta pode ser tanto boa quanto má, avaliada segundo padrões éticos e morais da sociedade contemporânea, e, muitas vezes, não estando atrelado a existência ou não de precedentes judiciais, pois, é perfeitamente possível um sujeito portador de maus antecedentes, antes de preso, ter sido um bom pai de família e inclinado ao trabalho.

A conduta social não é muito aceita por parte da doutrina por ensejar a valoração do modo do ser do agente, mas atrelado ao direito penal do autor, contudo, é um importante fator a ser observado, pois permite a individualização da pena, sendo possível atenuar a pena daqueles agentes mais inseridos na sociedade e agravar daqueles que possuem comportamentos desalinhados dos padrões mais aceitos. Todavia, é importante que esses fatores sejam observados no contexto social em que o agente está inserido, sob pena de resultar em uma penalização mais injusta, se analisado considerando a sociedade em geral.

1.6 DA PERSONALIDADE DO AGENTE

A personalidade se refere ao conjunto de caracteres que individualiza ao gente, e são associados elementos hereditários e socioambientais. Isso significa que, as experiências da vida são importantes para a evolução da personalidade e acontece durante toda a vida da pessoa.

De acordo com Boschi (2014, p. 172):

A personalidade não é algo que 'nasce' com o indivíduo e que nele se estabiliza. Ela 'nasce' com ele e *também* se modifica, continuamente – com variações na intensidade – abrangendo, além das manifestações genéticas, também os traços emocionais e comportamentais, herdados ou continuamente adquiridos, naquele sentido de totalidade que permite a alguém se distinguir de todos os outros indivíduos do planeta. (grifo do autor)

De acordo com Arbenz (1983 *apud* NUCCI, 2013, p. 484) “é um conjunto somatopsíquico (ou psicossomático) no qual se integra um componente dinâmico-humoral ou fisiológico, que é o temperamento; e o caráter, que é a expressão psicológica do temperamento”. Por meio da análise da personalidade verifica-se a boa ou má índole do agente, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, assim como a presença ou não de desvios de caráter, com o objetivo de identificar se o crime constitui um episódio acidental ou uma tendência na vida do réu.

Se a personalidade é constituída no decorrer de toda a vida, logicamente todo ambiente que gente cresceu deve ser observado, assim como a personalidade dos pais e a educação familiar são importantes fatores que contribuem para a formação da personalidade do agente, pois no decorrer da formação do agente, ele vai internalizando os modos de relacionar, a cultura, a linguagem, os valores que lhes são ensinados, de maneira é importante para a formação do caráter.

Essa análise não deve limitar-se a valor a personalidade de maneira genérica, como, por exemplo, ajustada, desajustada, agressiva, impulsiva, boa ou má. É imprescindível analisar todo o contexto da vida do agente para valorá-la, considerando todo meio em que ele cresceu e vive, atribuindo menor reprovação aquele agente que cresceu em um ambiente miserável e praticou conduta criminosa como meio de sobrevivência. De outra maneira, poderá ser mais severamente apenado, aquele agente que cresceu e formou-se em um ambiente mais promissor e mesmo assim optou por práticas criminosas.

1.7 DOS MOTIVOS DO CRIME

São as causas ou as razões que levaram o agente a praticar o crime, que podem ter motivação diversa como: fome, ambição, amor, ódio, ciúme, honra, por vingança, por um motivo político, etc.

De acordo com Boschi (2014, p. 172):

Apesar da complexidade do tema, inerente à complexidade do mundo das volições, pacificamente entende-se que não há ação ou omissão humana consciente destituída de finalidades. As pessoas, desde o momento em que acordam, até a hora em que se recolhem para o descanso noturno, exercitam preferências (valorações éticas) e lançam mão de meios materiais para efetivá-las (normação técnica), embora as mais diferentes metas (objetivos) sejam traçadas, dentro ou fora da ética ou da legalidade estrita.

Toda conduta é motivada por um motivo, por não há ação ou omissão sem finalidade, a não ser quando tratar-se de atos reflexos ou sujeitos a coação física irresistível. Esses motivos podem ser valorados no contexto da capacidade para delinquir ou estar relacionados em circunstâncias particulares. Há, portanto, no intuito de individualizar a pena, que se valorar tais motivos para se estabelecer a pena mais adequada, proporcional à magnitude do injusto e ao desvalor da ação.

Assim, aquele que comete o delito impulsionado por sentimento nobre pode receber menor grau de censura. De outra forma, aquele que for motivado por valor repugnante, como por exemplo, a vingança, à libidinagem, deve receber maior censura.

Todavia, existem motivos que podem funcionar como elementar típica, ou circunstâncias de qualificação ou de agravação da pena, e por isso não deve ser considerada na fixação da pena base, sob pena de configurar *bis in idem*, isto é, dupla punição pelo mesmo fato. É o que acontece, por exemplo, se o juiz utilizar no crime de homicídio, o motivo fútil, para individualizar a pena base entre doze e trinta anos, e também considerar a futilidade como fator negativo como circunstância judicial dos motivos do crime.

1.8 DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME

A circunstância do crime é tudo aquilo que o circunda, não participando como estrutura do tipo, manifestando-se por uma situação, estado ou condição de coisa ou pessoa, por uma particularidade, um acidente que o acompanha, por um caso, uma condição, causa ou motivo, que afetam a gravidade e modificam a resposta a ser aplicada ao delito.

Essas circunstâncias podem ser judiciais ou legais. São legais aquelas taxativamente previstas, como o são as agravantes e as atenuantes. Já as judiciais são previstas genericamente e devem ser analisadas pelo juiz.

As circunstâncias podem demonstrar maior ou menor covardia, audácia, preparação para o delito, revelando, dessa forma, a potencialidade lesiva e por isso deve verificar a necessidade de uma penalização mais rigorosa.

De acordo com Boschi (2014, p. 172):

O indivíduo que pratica um crime violento, disparando repetidas vezes uma arma potente em meio à multidão, gerando perigo para muitas pessoas; o

infrator que realiza um furto durante o repouso noturno, aproveitando-se da nula vigilância da vítima e da precária vigilância do Estado, ou ainda, aquele que usa de equipamentos altamente sofisticados para a prática, em estilo profissional, de um assalto à agência bancária, apavorando clientes, destruindo bens públicos, ferindo funcionários, atirando na polícia durante perseguição etc., cometem crimes cujas circunstâncias são altamente negativas, com obrigatórias repercussões no âmbito da pena-base.

Ocasionalmente, as circunstâncias também podem corresponder a atenuantes, agravantes, majorantes ou minorantes do próprio delito, e por isso também não devem ser utilizadas pelo magistrado no cálculo da pena base como circunstância do crime, sob pena de configurar *bis in idem*.

1.9 DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME

As consequências do crime referem-se aos efeitos produzidos pela ação delituosa. Isso significa que o maior ou menor vulto do dano ou perigo de dano devem ser valorados no momento da fixação da pena base. São os efeitos produzidos pelo ato delituoso, excetuando-se as consequências naturais do crime contidas nos tipos penais.

Da mesma maneira que os demais elementos já abordados, as consequências do crime somente produzem efeitos negativos, quando elas não constituírem elemento do crime, agravante, majorante, atenuantes, ou minorante, sob pena de também resultarem em *bis in idem*.

Desta maneira, entende Boschi (2014, p. 180):

[...] certo é que os resultados das condutas humanas típicas penalmente, para poderem ser valorados negativamente como circunstância judicial, devem ser estranhos aos elementos que compõem a figura típica simples ou qualificada e às causas legais de modificação de pena (agravante, atenuantes, majorantes e minorantes) por que, se assim não fosse, os resultados ou consequências da infração perfectibilizariam os tipos e, ao mesmo tempo, autorizariam maior exasperação das penas-base respectivas, em nítido desrespeito ao princípio do *ne bis in idem*.

Desta forma, não é razoável utilizar a morte, por exemplo, como consequência para justificar maior reprimenda, como resultado do crime de homicídio, já que a morte da vítima é resultado da própria figura típica.

Da mesma maneira, a incapacidade para as ocupações habituações, não deve ser utilizada como fator negativo nas consequências do crime, se utilizada como circunstância qualificadora no delito de lesão corporal.

Na prática verifica-se a utilização de circunstâncias como o fato de a vítima deixar numerosa prole, de tenra idade. Interpretação desta maneira configura responsabilidade objetiva, pois atribui ao agente efeitos além daqueles que se amoldam a sua subjetividade, em oposição ao princípio *nulla poena sine culpa*.

Em face disso, é necessário ainda que as consequências do crime para serem consideradas, devem possuir um nexo de causalidade como resultado típico, considerando-se não apenas a aplicação da pena de maneira proporcional ao dano causado, mas também aos danos que poderão implicar na reprimenda ao agente, como consequência também de aplicação do princípio da individualização da pena.

Neste sentido entende Roing(2015, p. 182):

A partir da nova concepção do princípio da transcendência mínima, segundo a qual não apenas é defeso que a pena passe da pessoa do criminoso, mas também a pessoa do criminoso, quaisquer efeitos externamente passados frente ao resultado típico não possuem o condão de autorizar a intensificação penal.

Por todo exposto, verifica-se que as circunstâncias judiciais que devem ser utilizadas para agravar a pena base são aquelas que não se enquadrarem como figuras típicas do delito, ou ainda, como circunstâncias agravantes, majorantes, minorantes ou atenuantes, desde que ainda possua nexo de causalidade com o resultado do delito.

1.10 DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA

O comportamento da vítima é um fator importante a ser observado, pois, muitas vezes, a vítima contribui com o seu comportamento para que o agente venha a praticar o crime.

Em certas circunstâncias esse comportamento pode resultar em dirimente, e até mesmo afastar o crime. É o que acontece no delito de violação ao domicílio, que não há crime quando há consentimento da vítima. Mas, há circunstâncias que o comportamento da vítima pode ser utilizado, não como fator de responsabilização penal, ou ainda como reprovação do comportamento da vítima, mas redutor da responsabilização do autor do delito.

De acordo com Galvão (1994 *apud* BOSCHI, 2014, p. 181).

Todos os indivíduos são livres para desenvolver suas potencialidades, bem como fazer, nos limites da lei, qualquer uso de seus bens patrimoniais. Juridicamente, não se pode reprovar a conduta do proprietário que deixa a porta de sua casa aberta.

É certo que, o comportamento da vítima não pode resultar em fator de estímulo a prática delitiva, ou fator justificante ao delito, mas pode ser considerado como um minorante ou agravante de pena ao autor do fato, a depender das circunstâncias do fato concreto.

1.11 CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES

Na segunda fase de aplicação da pena são analisadas as circunstâncias agravantes e atenuantes, que estão previstas na parte geral do Código Penal (art. 61, 62, 65 e 66 do CP). A primeira permite que o juiz aumente a pena base nos limites previstos no tipo penal incriminador, não sendo permitido que ela ultrapasse os limites máximos da pena em abstrato. A segunda permite que a pena seja atenuada, estando também atrelado aos limites legais. Contudo, a lei não prevê um critério de quantificação de aumento ou diminuição, ficando esse quanto ao arbítrio do juiz, todavia, este está atrelado aos princípios penais, como da proporcionalidade e da razoabilidade.

As agravantes da reincidência (artigo 61, I do CP) são aplicáveis aos delitos dolosos ou culposos, já as demais previstas no (artigo 61, II) são aplicáveis somente aos delitos dolosos, por serem incompatíveis com os crimes culposos, pois o resultado é involuntário (NUCCI, 2013, p. 490).

O rol de circunstâncias agravantes e atenuantes são consideradas taxativas, ou legais, já que não podem ser ampliadas. Mas as circunstâncias agravantes não podem ser aplicadas em qualquer delito, pois devem ser desconsideradas quando elas forem elementar ou qualificadora do delito, situação em que elas já são consideradas no momento da fixação da pena base.

Nesta situação, é possível a sua utilização quando ocorrer a configuração de mais de uma circunstância agravante, sendo uma delas utilizada como qualificadora, delimitando a pena base, e as demais como agravantes.

Essas circunstâncias podem ser consideradas genéricas, pois se aplicam a todas as infrações penais. Também são consideradas obrigatórias, pois estando

presentes, devem ser aplicadas na sentença, salvo quando as agravantes constituírem ou qualificarem o crime, em face do princípio *no bis in idem*, ou seja, vedação a dupla punição pelo mesmo fato (BOSCHI, 2014, p. 201).

É preciso que, no momento de aplicação da pena, o juiz utilize-se das agravantes de maneira fundamentada, para que as partes possam defender-se de cada uma delas. Após a aplicação das agravantes, se presentes atenuantes o juiz deverá aplicá-las, também de maneira fundamentada e individualizada.

Na terceira fase o juiz verifica a presença de causas de aumento e de diminuição de pena e aplica-as sobre a pena obtida na segunda fase. Elas estão previstas tanto na parte geral como na parte especial do Código Penal. O quanto de diminuição ou de aumento está previsto na lei, geralmente vem expresso em forma de fração, como por exemplo, aumenta-se a pena de um sexto até metade se a violência é exercida com emprego de arma (art. 157, §2º do CP).

Ao final dessa fase, a pena torna-se definitiva, momento em que o juiz passa a fixar o regime inicial de cumprimento de pena (art. 33 do CP) e ainda verifica a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44 do CP), e não sendo esta possível é ainda necessário verificar se é cabível a suspensão condicional do processo (art. 77 do CP).

Todas essas etapas são de suma importância e devem ser aplicadas criteriosamente pelo juiz, observando-se os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, pois permite que a pena seja individualizada considerando-se o fato criminoso e o seu autor, em sintonia com o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF).

1.120 SISTEMA TRIFÁSICO E A JUSTIÇA COMO MEIO-TERMO EM ARISTÓTELES

Nelson Hungria ao desenvolver o sistema trifásico não observou a teoria da justiça como meio-termo pensada por Aristóteles, pois, na sociedade grega o que importava era a reparação da ofensa a punição do agente era devolver a vítima o seu status social, sendo isso possível, o agente estava livre, caso a reparação não fosse possível, o Estado se encarregava de puni-lo esse era o conceito de justiça de Aristóteles.

De acordo com Caixeiro (2011, p. 72):

Ele define justiça como a disposição de caráter que torna a sociedade propensa a fazer ou praticar o que é justo, agindo conforme o desejo de justiça, sendo a recíproca, quanto ao senso de injustiça, verdadeira. O que ele leva em conta diz respeito a uma compreensão de ética e de moral em que se revela, respectivamente, o senso de justiça ou de injustiça coletivo, portanto, social, e o mesmo senso por um aspecto individual de interpretação.

Por meio da ética e da moral buscava-se a felicidade coletiva, levava-se em consideração a participação democrática de todos, onde se analisava a elaboração de leis pautadas pela ética, e pela moral buscava-se a virtude individualizada. A prática da justiça depende da forma como é vista por determinados povos.

Assim preceitua Caixeiro (2011, p.73):

[...] porém sem contrariar o alegado, tem-se que a justiça, entre todas as virtudes, é o bem do outro e do coletivo, visto que se relaciona com os outros membros sociais o entendimento de justiça, e, aquele que a pratica, como um todo, estaria agindo em perfeita harmonia com a felicidade coletiva e demonstraria, para a *polis*, a ausência de deficiência moral, esta última ligada a uma compreensão individualista de entendimento e de interpretação dos fatos em relação a possíveis atos que podem ser praticados.

O meio-termo em Aristóteles na busca pela justiça procura observar principalmente a diferença entre as pessoas, pois essa diferença é o que estipula a forma de condução do processo para que ambos sejam tratados com equidade. A justiça consistia em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais; enquanto que, Nelson Hungria estabeleceu as circunstâncias judiciais onde todos são tratados como se iguais fossem. Pelo princípio da isonomia a justiça deve buscar sempre tratar cada caso de forma individualizada respeitando as diferenças entre os indivíduos.

2 PRINCÍPIOS QUE REGEM A SENTENÇA PENAL

O legislador estabelece as sanções passíveis de serem aplicadas aos acusados de infração penal e estabelece parâmetros para a fixação judicial da pena, em concreto. Dentro desses parâmetros, goza o juiz de certa discricionariedade. Todavia, está atrelado aos patamares previstos taxativamente na lei e ainda aos princípios gerais do direito e ainda aos princípios especiais relacionados à aplicação da pena, como é o caso do princípio da individualização da pena, *in dubio pro reo*, do livre convencimento motivado, e outros, os quais serão explanados a seguir.

2.1 PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO

O princípio denominado *in dubio pro reo* significa que havendo dúvida sempre milita em favor do acusado, isso por que o direito à liberdade deve prevalecer. Na prática aplica-se um critério de ponderação, pois entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do imputado, este último deve prevalecer.

Este princípio está relacionado também ao princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF/88) permitindo que não seja atribuído ao agente uma pena enquanto houver dúvida quando a sua culpabilidade, visto que, deste modo, protege-se o autor de imputações equivocadas.

O art. 386 do CPP também prevê como hipótese de absolvição do réu a ausência de provas suficientes a corroborar a imputação formulada pelo órgão acusador. Neste sentido, prevê expressamente o Código de Processo Penal (art. 386, VII), que o juiz deverá absolver o acusado quando “não existir prova suficiente para a condenação”.

2.2 PRINCÍPIO DO CONVENCIMENTO MOTIVADO

O modelo de valoração das provas possibilita orientar o juiz a decidir. As provas são produzidas em juiz e os modelos de interpretação vão fornecer ao juiz mecanismos de valoração dessa provas para decidir os conflitos.

O primeiro sistema de prova foi o denominado legal ou tarifada, em que as provas apresentavam um valor fixo, previsto taxativamente na lei, de maneira que o

juiz não detém nenhuma liberdade na apreciação das provas, pois estas possuem um valor prévio e imutável.

Com a evolução dos sistemas processualistas surge o modelo da íntima convicção ou livre convencimento puro, em que o juiz decidia conforme suas impressões pessoais. Neste, o juiz tem total liberdade para apreciar e valorar a prova, não havendo sequer necessidade de expor os motivos que lhe formaram convencimento.

Em respostas a arbítrios dos magistrados surge o sistema denominado livre convencimento motivado, pelo qual o juiz é livre na formação de seu convencimento, contudo possui limites racionais.

No entendimento de Oliveira (2007, p. 286):

[...] por tal sistema, o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente. Um único testemunho, por exemplo, poderá ser levado em consideração pelo juiz, ainda que em sentido contrário a dois ou mais testemunhos, desde que em consonância com outras provas.

Por este sistema, o juiz é livre para apreciar as provas, contudo está atrelado a elas e ainda a obrigatoriedade de motivação de sua decisão nas provas produzidas. Isto significa que, embora esteja livre para apreciar as provas, deverá declinar as razões que levaram a tomar determinada decisão.

Essa tem sido a regra utilizada nas decisões no âmbito processual penal como regra, pois no âmbito do tribunal do júri, os jurados decidem tendo por base o princípio da íntima convicção.

O princípio do livre convencimento motivado tem fundamento legal no Código de Processo Civil de 1973, art. 131:

O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973)

De qualquer maneira, a liberdade do juiz não é plena, pois mesmo havendo liberdade o juiz não pode cometer arbitrariedade, pois a sua atuação está atrelada ao devido processo legal. O juiz tem liberdade de valorar a prova, mais a sua decisão deve ser motivada nas provas produzidas no processo, sob o crivo do devido processo legal.

No novo Código de Processo civil traz o tema exposto no art. 298, *in verbis*: “na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso”.

Não há correspondência exata do dispositivo anterior no Novo CPC, contudo, o novo código ainda prevê de forma taxativa a necessidade de motivação por parte do juiz de suas decisões.

De acordo com Streck (2016), o Novo Código de Processo Civil acabou rejeitando o princípio do livre convencimento motivado, inclusive por sugestão do autor no projeto do Novo Código, que segue:

Embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais. Na medida em que o Projeto passou a adotar o policentrismo e coparticipação no processo, fica evidente que a abordagem da estrutura do Projeto passou a poder ser lida como um sistema não mais centrado na figura do juiz. As partes assumem especial relevância. Eis o casamento perfeito chamado ‘coparticipação’, com pitadas fortes do policentrismo. E o corolário disso é a retirada do ‘livre convencimento’. O livre convencimento se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada. Filosoficamente, o abandono da fórmula do livre convencimento ou da livre apreciação da prova é corolário do paradigma da intersubjetividade, cuja compreensão é indispensável em tempos de democracia e de autonomia do direito. Dessa forma, a invocação do livre convencimento por parte de juízes e tribunais acarretará, a toda evidência, a nulidade da decisão. (STRECK, 2016)

No CPC/2015 (art. 489, § 1º) ainda traz diversas regras, todas relacionadas à motivação das decisões. Quanto a aplicabilidade do princípio, muito ainda deverá ser a discussão doutrinária e jurisprudencial, contudo de qualquer maneira o novo código ainda prevê a necessidade de motivação das decisões pelo juiz.

2.3 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O princípio da individualização da penal possui amparo da Constituição Federal (art. 5º, XLVI) e tem como base permitir que a pena aplicada ao delito não seja observada apenas a norma abstrata, previsão do delito e sua pena, mas ainda os aspectos objetivos e subjetivos do crime.

Assim entende Boschi (2014, p. 54):

Como um caminho no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, a individualização da pena se processa em três fases sucessivas:

primeiramente na lei, pelo legislador, depois, na fase do conhecimento pelo juiz da condenação e, por último, na fase da execução, pelo juiz e a coparticipação dos órgãos da administração pública.

A individualização da pena deve ocorrer na fase processual, que é o momento em que o juiz vai fixar a pena, levando-se em consideração a situação concreta em que ocorreu o delito, as características pessoais do infrator, como a personalidade do agente, a motivação do crime, à conduta social, os antecedentes, o comportamento da vítima e outros (art. 59 do CP). Após a fixação da pena na fase processual, haverá individuação também na fase de seu cumprimento, que é a fase de execução da pena.

De acordo com Boschi (2014, p. 54):

Em todas as fases, a individualização da pena deverá necessariamente atentar aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da conformidade do processo executório com os termos da sentença quantificadora. A individualização é, portanto, atividade mais ampla que a atividade de aplicação da pena, destinada mais restritivamente, a estabelecer quantidade certa de pena necessária e suficiente para os fins da prevenção e da repressão penal.

Como mecanismos de individualização da pena, o Código Penal (art. 59, CP) impõe que sejam consideradas características do agente, como por exemplo, a culpabilidade, os antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, etc.

No dizer de Roing (2015, p. 107):

A função individualizadora da pena privativa de liberdade advém da inevitável inaptidão do arcabouço normativo no sentido de abarcar pormenorizadamente todas as possíveis situações fáticas capazes de influir na quantificação penal. Confere-se, portanto, ao magistrado o poder de atribuir concretude a abstrata hipótese legal, evitando-se por um lado o engessamento da função judicial pelo legalismo exacerbado, e, concomitantemente, a inadvertida discricionariedade judicial, sem a fixação de contorno democráticos a sua atividade.

Diante o exposto, a individualização da pena é um importante fator a ser considerado na fase de aplicação da pena, pois é o mecanismo que vai permitir verificar aspectos subjetivos concernentes a culpabilidade, antecedentes, personalidades e outros fatores, que permitem que a pena seja particular e a aplicação se desvincule do plano abstrato.

O método trifásico, é um importante critério de individualização da pena e permite que o juiz na primeira fase, observe os critérios para fixar a pena base, que

são as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Logo, na segunda fase, fixa a pena intermediária, incidindo as atenuantes e as agravantes; e por último, na terceira fase fixa a pena definitiva, incidindo as causas de aumento e de diminuição.

Todos esses mecanismos de aplicação e execução da pena são importantes mecanismos de individualização, os quais devem ser observados pelo Estado, de maneira que permita a aplicação e cumprimento da pena nos moldes que impõe a Constituição Federal, tendo como base o Estado Democrático de Direito, os princípios Constitucionais, como da Dignidade da Pessoa Humana, da Individualização da Pena e demais princípios correlatos, sob pena de não sendo observados, haver violação à norma constitucional.

2.4 DO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO

Em âmbito processual penal, o processo inicia-se com a denúncia e permite-se que seja iniciada a relação processual, que se completará com a citação do acusado. O Código de Processo Penal elenca alguns requisitos necessários para que a ação penal seja iniciada (art. 41 do CPP), que serão analisados pelo juiz no momento da aceitação da denúncia.

Caso não estejam presentes os indícios de autoria e a materialidade o juiz deverá aceitar a denúncia. Da mesma maneira, não restando comprovado tais elementos, cabe ao juiz rejeitá-la.

A denúncia permite delimitar a matéria a ser conhecida, por isso, todos esses elementos são importantes, pois, o juiz estará atrelado a eles no momento de proferir sua decisão, por meio da sentença.

O princípio da correlação significa que o juiz está atrelado aos fatos delituosos constantes na denúncia no momento de proferir sua decisão, e sendo divergência dará ensejo a uma sentença absolutamente nula.

De acordo com Brasileiro (2016, p. 2.139):

A sentença deve guardar plena consonância com o fato delituoso descrito na denúncia ou queixa não podendo dele se afastar, sendo vedado ao juiz julgar *extra petita*, ou seja, fora do pedido – v.g., reconhecendo a prática de outro crime, cuja descrição fática não conste da peça acusatória-, nem tampouco *ultra petita*, leia-se, além do pedido – por exemplo, reconhecendo qualificadora não imputada ao acusado -, sob pena de evidente afronta ao princípio da ampla defesa, do contraditório e até mesmo, ao próprio sistema acusatório.

A sentença deve guardar relação com a denúncia, sendo permitido ao juiz proferir sua decisão em divergência com o que está previsto na peça acusatória, pois é vedado ao juiz proferir sua decisão fora do pedido ou ainda além do pedido.

Mas é possível no decorrer da dilação probatória que o juiz perceba que os fatos narrados não corresponda aos constantes na denúncia, momento em que é que necessário que o juiz oportunize que a acusação faça o necessário aditamento à denúncia e da mesma maneira oportunize que a defesa se manifesta-se. Trata-se do instituto denominado “mutatiolibelli”, previsto no Código de Processo Penal (art. 384 do CPP).

É possível ainda, que o juiz atribua classificação diversa ao delito da qual consta na peça acusatória, mas isso não implica e alteração dos fatos, apenas em adequação da sua capitulação (art. 383 do CPP). Não se trata de uma alteração da denúncia, mas apenas de correção da capitulação legal. O fato delituoso descrito na denúncia continua o mesmo, o que se altera é apenas a tipificação legal. Instituto este conhecido como “emendatiolibelli”.

2.5 DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ

Este princípio foi introduzido no âmbito processual penal pela Lei 11.719/09, introduzindo a norma que impõe que o mesmo juiz que presidir a instrução processual devera sentenciar. Dessa maneira (art. 399, §2º do CPP) “O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”.

No entender de Boschi (2014, p. 367):

A importância do princípio da identidade física do juiz é enorme, pois, ao ouvir as testemunhas e os peritos, entrevistar-se com o acusado, assim, recolher as mais diversas impressões sobre a prova e também sobre o comportamento dos depoentes e das próprias partes no processo e ver o modo como se expressaram, com segurança, com vacilações, camuflando detalhes ou os oferecendo fora da contextualização espaço-temporal apropriada, etc., o juiz terá as condições de valorar com maior segurança a prova e decidir com margem maior de segurança e precisão.

Esse princípio é de grande relevância, pois no processo penal impulsionado pelo princípio da legalidade e pela busca da verdade, todas as provas produzidas durante a fase processual, pelo crivo do contraditório devem servir como base para

a formação do convencimento do magistrado e por isso a sua participação na sua produção é de grande relevância.

Logicamente, esse princípio é a regra a ser considerada no processo, que admite em certas situações excepcionais, sem que haja violação ao princípio da identidade física do juiz, outro magistrado que não acompanhou a instrução probatória decida o feito, quando, por exemplo, o magistrado afastado, licenciado, promovido, ou outro motivo legal de ausência.

3 PROCESSO E PROCEDIMENTO

O processo penal é o instrumento pelo qual o Estado desenvolve o processo e aplica a sanção penal. Em razão disso, é preciso que todo o seu tramite aconteça seguindo o devido processo legal, de outra maneira, estaria viciado pela nulidade.

No dizer de Lopes Jr. (2014, p. 109):

Não é possível a aplicação da reprovação sem o prévio processo, nem mesmo no caso de consentimento do acusado, pois ele não pode se submeter voluntariamente à pena, senão por meio de um ato judicial (nullapoenasineiudicio). Essa particularidade do processo penal demonstra que seu caráter instrumental é mais destacado que o do processo civil.

Tendo por base essa função instrumentalizador é primordial a função do juiz, como agente vinculado ao contexto social democrático, e por fim observando as normas e princípios que orientam o sistema, como finalidade de realizar o sentimento de justiça. Para Júnior (2014, P. 110) “nossa noção de instrumentalidade tem por conteúdo a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, pautando-se pelo valor dignidade da pessoa humana”.

No dizer de Boschi (2014, p. 342):

[...] o processo pode ser definido como atividade, isto é, como um fazer-coisas que integra o monopólio estatal e que tem por fim compor situação litigiosa (concepção civilista) ou apurar as violações à lei penal para a imposição de eventuais responsabilidades aos violadores.

Processo, portanto, se concretiza com vista a apuração da verdade, com menor erro possível, e por isso deve se desenvolver tendo como norte os princípios orientadores da disciplina. No dizer de Filho (*apud* BOSCHI, 2014, p. 342) “é prevalente a teoria que afirma ser o processo relação jurídica instaurada e desenvolvida entre os sujeitos que nela intervêm: o autor, o réu e o juiz”.

Desta maneira, se o processo for entendimento como relação jurídica, ele se constitui em *uno*, e deve se desenvolver para que alcance a sua finalidade, que é a punição daquele que infringir a norma jurídica e também de proteger o acusado de eventuais abusos praticados por parte do Estado;

Assim entende Lopes Jr. (2014, p. 29):

É fundamental compreender que a instrumentalidade do processo não significa que ele seja um instrumento a serviço de uma única finalidade,

qual seja, a satisfação de uma pretensão (acusatória). Ao lado dela, está a função constitucional do processo, como instrumento a serviço da realização do projeto democrático como bem adverte Geraldo Prado.

Desta forma, o processo é o meio fundamental para que aconteça a punição dos delitos. Sem processo não poderá haver punição, pois é por meio dele que o acusado vai ter os seus direitos de defesa garantidos, como o contraditório e a ampla defesa. De outra maneira é o procedimento, o qual se apresenta como o meio que o primeiro se desenvolve.

No dizer de Boschi (2014, p. 343):

Já o procedimento constitui o conjunto dos atos que dão visibilidade ao processo e que regem a atividade estatal visando a segurança jurídica para todos. Por estarem assim predefinidos, dispostos cronologicamente e vinculados uns aos outros, por dependência ou consequência, os atos procedimentais, quando globalmente considerados, formam uma totalidade, naquele sentido de partes vinculadas entre si, formando um todo unitário.

A realização de todo o processo deve acontecer sob o crivo do princípio da legalidade, e por isso, estando em desconformidade com a lei, este ato processual deverá ser anulado, inclusive os atos processuais que destes forem dependentes (art. 5873, §1º do CPP).

3.1 DOS ATOS DO JUIZ E A SENTENÇA

O juiz atua na condução da função jurisdicional, na função de conduzir no processo e de aplicar o direito ao caso concreto. O juiz deve atuar com imparcialidade e de acordo com o CPP (art. 251) “ao juiz incumbirá prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública”. A ideia de jurisdição é de resolver os conflitos sociais, aplicando as normas ao caso concreto, aplicando uma decisão definitiva ao conflito e por isso o juiz possui alguns poderes, como nesse caso, o poder disciplinar, que é para manter a ordem para alcançar a ordem e buscar atingir a finalidade do processo.

Os atos procedimentais do juiz são denominados *ordinatórios*, como aquele proferidos em despachos administrativos ou de expediente e *decisórios*, sendo as decisões interlocutórias e sentença, e ainda os *executórios*, que são as ordens e determinações (art. 800, CPP).

De acordo com Marques (1980, p. 510):

[...] nos despachos de expediente (ou despachos ordinatórios) limita-se o juiz a prover a respeito do andamento do processo. É o que se verifica quando manda citar (...) ao réu, ou quando determina ele que se dê vista a alguma das partes, ou ainda quando designa data para a inquirição de testemunha.

Tais atos processuais não são recorríveis, mas se eivados de nulidades podem ser discutidos em habeas corpus ou mandado de segurança, conforme o caso exigir. De acordo com Boschi (2014, p. 344) “os atos decisórios são todos aqueles que enfrentam e resolvem ou as questões incidentais, formais, ou o mérito da causa, de que são espécies as *decisões*, simples ou mistas, e as *sentenças*”.

As decisões simples são aquelas que decidem questões pontuais, processuais ou formais, como por exemplo, quando o juiz recebe a denúncia. Já as mistas, são as decisões que não definem o mérito do processo, mas de alguma forma, encerra o processo, como por exemplo, estando diante de uma causa extintiva da punibilidade.

De outra maneira é sentença que é a decisão que encerra o processo e acolhendo ou rejeitando a imputação formulada pela acusação, condenando ou absolvendo o réu, após o exame da alegação das partes. De acordo com o entendimento de Boschi (2014, p. 344) sentença se define como “o ato mais eminente do processo, porque, por meio dela, o juiz encerra a fase do conhecimento, define a causa, esgota a própria jurisdição e, ao menos teoricamente, restabelece a paz social”.

Essa é uma importante tarefa atribuída exclusivamente ao juiz, de proferir a e aplicar o direito no caso concreto, após esgotar as possibilidades de encontrar a verdade almejada no processo.

3.2 DOS REQUISITOS DA SENTENÇA

A lei impõe que a sentença deve conter: o relatório, a fundamentação e o dispositivo e a autenticação (art. 381 do CPP). A lei impõe ainda a forma escrita, podendo ser manuscrita ou digitada. A rubrica do juiz também é um requisito necessário, que aos poucos na prática vem sendo substituída pela assinatura digital (art. 388 do CPP).

O conteúdo da sentença deve ser transferido ao juiz por próprio punho ou digitado ou por meio de ditado ao escrivão, para que este o materialize e depois de assinado pelo juiz é transformado em documento público e oficial, que acontece com a entrega da peça ao escrivão em cartório para registro em livro próprio (art. 389 do CPP).

O relatório é a parte da sentença que expõe o resumo dos fatos ocorridos no processo, identifica as partes e a demanda, aponta as teses articuladas por acusação e defesa (art. 381, I e II do CPP). A fundamentação (art. 381, III) é a parte da sentença que o juiz expõe suas razões de decidir. A motivação é a análise dos movimentos fáticos em que se arrima a pretensão deduzida, analisa as normas do direito e formula sua decisão.

No dizer de Boschi (2014, p. 352):

A expressão motivação e fundamentação são equivalentes em sentido, pois motivar é fornecer os motivos, os fundamentos, as razões, ou seja, os alicerces, as linhas, as bases que sustentarão a decisão. A decisão sempre precede cronologicamente a fundamentação, e esta sempre precede o discurso fundamentador, muito embora entre o ato de decidir e o ato de motivar exista uma íntima conexão.

A motivação uma parta essencial da sentença, pois caso haja omissão do magistrado haverá a nulidade da sentença, pelo que impõe a Constituição Federal, do dever de motivação de todas as decisões judiciais (art. 37 da CF). De acordo com Gomes Filho (2001, p. 114) “[...] a motivação não representa somente um requisito formal da decisão, ou um discurso formulado a *posteriori* para justificá-la, mas constitui, ao contrário, um elemento estruturante do próprio julgamento”.

Parte dispositiva ou conclusão é síntese da decisão do juiz, o qual após a motivação julga o acusado, absolvendo-o (art. 386 do CPP), situação em que a pretensão deduzida que órgão acusador é indeferida, preservando-o os direitos do acusado; ou condenando-o, quando o juiz reconhece a procedência do pedido deduzido na peça acusatória e impõe ao acusado as sanções previstas no tipo penal violado, identificando a pena e sua quantificação objetiva. Nesta parte é essencial também que o juiz mencione os artigos dos artigos de lei violados pelo condenado em que se baseia sua decisão (art. 381, IV e V do CPP).

É fundamental ainda que na sentença haja observância ao princípio da correlação ou congruência, isto é, a conformidade entre a acusação e a sentença.

Por esse princípio o juiz está atrelado aos fatos delituoso constante na denúncia no momento proferir sua decisão, e sendo divergência dará ensejo a uma sentença absolutamente nula.

3.3 DA OBSERVÂNCIA DA LEGALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, prevê o Estado Democrático de Direito, o qual tem a função de nortear e assegurar a todos os direitos sociais e individuais. No decorrer do art. 5º da Constituição e ainda em diversas normas espalhadas em seu texto, a constituição procura abordar a respeito de uma gama de direitos que devem ser assegurados a todos.

E ainda, como forma de garantir a existência do Estado de direito, no art. 2º, a Constituição Federal ainda disciplina a respeito da existência dos três poderes, como forma de arquitetar o sistema de freios e contrapesos e possibilitar que o Estado respeite e garanta a existência dos direitos de todos os indivíduos.

O estado democrático de direito é fruto da evolução do denominado estado de direito. Por este entende-se como um estado liberal, possibilitando que o homem torna-se livre.

De acordo com Silva (2005, p. 112):

O estado de direito era um conceito tipicamente liberal; daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: (a) submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) divisão de poderes, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) enunciado e garantia dos direitos individuais.

Essa concepção de Estado de direito servia como base para tornar os homens livres, contudo essa formulação é insuficiente nos dias atuais, fazendo-se necessário a construção de um Estado pautado nas existências de direitos e ainda na democracia.

A democracia é um regime político que orienta esse Estado de direito, sendo um regime que privilegia não somente a vontade do Estado, mas principalmente a do cidadão perante o Estado, por que a razão deste é a própria existência do primeiro.

O estado democrático funda-se na ideia de soberania popular, que impõe a participação efetiva dos cidadãos nos processos de constituição e formação do Estado e na tomada das decisões. No Brasil, a Constituição Federal garante a constituição do estado democrático de direito logo no artigo 1º da CF. E ainda enfatiza no parágrafo único “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição”.

Dessa forma, a Constituição elege o Estado Democrático de Direito como fundamento, e o povo como o titular deste. E ainda explana a forma como será o seu exercício, podendo ser direto ou indireto, nos termos que a Constituição impõe.

Ao garantir a organização do Estado dessa maneira, a Constituição impõe como o Estado deverá ser organizado e de que maneira o processo deverá se desenvolver e aduz ao contraditório, a ampla defesa e ainda as motivações das decisões pelos magistrados.

Sendo pautado por um Estado Democrático de Direito, é preciso que o processo penal seja desenvolvido tendo como norte a Constituição Federal e suas imposições, sendo vedadas decisões arbitrárias. E a função do juiz nesse processo deve ser pautada tendo por base a existência de limitações e vedações do poder estatal como forma de proteção aos direitos do indivíduo frente ao Estado.

E por isso se faz necessário que o juiz profira suas decisões de maneira motivada conforme manda a Constituição (art. 37, CF), orientado diversos princípios, principalmente o da legalidade, do contraditório, da ampla defesa, da motivação das decisões. Ao se referir sobre a legalidade Ferrajoli (2002 *apud* Paschoal, 2014, p. 20) salienta que este princípio pode vincular até mesmo o legislador, pois é “dirigida a excluir, enquanto arbitrárias e discriminatórias, as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas e, portanto, como caráter “constitutivo” e não regulamentar daquilo que é punível”.

O sistema penal defendido por Ferrajoli é do garantismo penal, o qual busca garantir os direitos fundamentais, e ainda tem como base a punição pelo fato e não pelo autor. Da mesma maneira defende que o esse modelo de legalidade impõe um sistema judicial que possa apurar e julgar adequadamente as infrações, pautado no direito penal garantista.

De acordo com Ferrajoli (2002 *apud* Paschoal, 2014, p. 28):

Um direito penal é racional e correto à medida que suas intervenções são

previsíveis, apenas aquelas motivadas por argumentos cognitivos de que resultem como determinável a 'verdade formal', inclusive nos limites acima expostos. Uma norma de limitação do modelo de direito penal mínimo informada pela certeza e pela razão é o critério do *favor rei*, que não apenas permite, mas exige intervenções potestativas e valorativas de exclusão ou de atenuação da responsabilidade cada vez que subsista incerteza quanto aos pressupostos cognitivos da pena.

Esse modelo de aplicação do direito penal, baseado no garantismo leva em consideração os direitos do indivíduo e havendo dúvida do magistrado deve ser utilizado os princípios como da presunção da inocência, *in dubio pro reo*, a absolvição quando houver incerteza da verdade fática e ainda a interpretação restritiva dos tipos penais. Dessa forma é possível certa discricionariedade do juiz, mas dirigida não para punir, mas para atenuar ou excluir a intervenção penal.

No dizer de Pascoal (2014, p. 29):

E para fundar um sistema mais garantista, em prol de um direito penal mais racional e mínimo possível (legalidade estrita), devem o juiz e o legislador se afastar de termos imprecisos e proposições vagas e valorativas. Por isso, cabe ao sistema formular hipóteses legais taxativas, precisas, afastando-se de termos vagos e imprecisos, sem falar daqueles valorativos, que abram demasiadamente o leque de possibilidades de poder e decisão, quer do legislador, quer do juiz.

O Direito Penal brasileiro é o ramo do direito que é pautado na estrita legalidade, e por isso é necessário que haja previsão expressa nos tipos penais, dos delitos e suas respectivas penas, sendo vedado o uso da analogia em prejuízo do réu. Da mesma maneira, na aplicação da pena, este princípio também deve ser observado, sendo vedado o uso da discricionariedade desmedida na fixação da pena, pois o magistrado está vinculado a lei e aos direitos dos envolvidos no processo.

Segundo Teixeira (2007 *apud* Paschoal, 2014, p. 29):

O requisito da taxatividade é basilar para a compreensão da tipicidade das normas penais, muito especialmente para as normas sancionadoras penais. Ele veda ao intérprete o recurso da analogia como instrumental ou ferramental hermenêutico para cobertura de lacunas no ordenamento. Se não houve a definição prévia de sanção de natureza criminal, com potencialidade de atingimento do direito fundamental de liberdade, não poderá ser aplicada norma assemelhada, ainda que tutele o mesmo bem jurídico ou bem jurídico da mesma natureza. A lei fluida imprecisa, cujos termos são caracterizados pela vagueza, um dispositivo marcado pela porosidade não permite a delimitação do próprio conteúdo normativo. Se toda norma contém em si porosidade, tratando-se de imanente elasticidade

de compreensão, o requisito da taxatividade tanto mais impõe ser o texto normativo definido com maior precisão possível, mediante terminologia comum e unívoca, a permitir a compreensão imediata por parte dos destinatários e, sem deformação ou refração, possibilitar a impregnação da personalidade dos valores trazidos pelo modelo jurídico. Nessa ordem de pensamentos, a sanção penal deve vazar-se em termos precisos, claros e bem delimitados. Deve-se utilizar a linguagem comum e evitar tortuosos caminhos de fiação da reprimenda e de sua modificação ou modulação durante o tempo da execução penal [...]. Taxativo, assim, é o que impede ou delimita o espaço hermenêutico, situando-o dentro dos limites democráticos do Estado de Direito.

Dessa maneira, é preciso que no processo penal, no que tange a fixação da pena, não é possível alcançar uma certeza absoluta, contudo as decisões dos magistrados devem estar condicionadas a devida motivação, e não estejam amparadas em decisões discricionárias, mas tomadas nos patamares que a lei impõe, em conformidades com os princípios e as garantias constitucionais.

Ocorre ainda, que no momento de fixação da pena, tendo por base o sistema trifásico, na primeira fase de fixação da pena base, o juiz ao considerar os critérios elencados no art. 59 do Código Penal, e entre eles encontram-se a conduta social e a personalidade do réu, que são analisados tendo como base a subjetividade, que sofre influência dos conceitos culturais e educacionais da formação do juiz.

Em face disso, autores como Luigi Ferrajoli propõe a eliminação desses critérios, por estarem baseados na subjetividade do magistrado e ser possível a ele atuar de maneira arbitrária, distanciando-se de princípios penais e constitucionais.

Essa análise judicial admite avaliação favorável ou desfavorável ao agente. O juiz obrigatoriamente deve fundamentar sua decisão, ao considerar cada uma dessas circunstâncias, sob pena de afronta ao princípio constitucional da motivação de suas decisões, e por isso, sendo omitidas ou não analisadas não poderão ser consideradas para aumentar a pena base.

A pena-base obedece a um limite mínimo e máximo. E por isso, quando o juiz considerar que há circunstância desfavorável, poderá elevar a pena base, contudo a lei não prevê esse valor quantitativo a ser aumentado. Da mesma maneira, quando houver circunstâncias favoráveis a pena base poderá ser fixada mais próxima ao mínimo legal, e da mesma maneira, a lei não traz o valor a ser considerado também na diminuição.

Pelo que impõe o princípio da legalidade, a lei deve prever de maneira clara,

taxativa os crimes e suas penas, não se admitido o uso da analogia para suprir eventuais lacunas. Da mesma maneira, na aplicação da pena é necessário que haja de maneira expressa os patamares quantitativos a ser aplicado pelo juiz, não deixando a livre discricionariedade do magistrado a quantidade a ser aumentada ou diminuída, conforme verificar as circunstâncias positivas ou negativas do art. 59, sob pena de violação do princípio da legalidade.

É baseado na legalidade estrita que o autor Luigi Ferrajoli, propõe um modelo de legalidade não só de cominação dos delitos, mas também na aplicação da pena, pois este princípio é o único que pode vincular até mesmo o legislador ao cominar os delitos e suas penas, na medida em que é “dirigida a excluir, conquanto arbitrárias e discricionárias, as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas e, portanto, como caráter ‘constitutivo’ e não ‘regulamentar’ daquilo que é punível”.

No dizer de Boschi (2014, p. 22):

Um modelo de legalidade estrita não se restringe a fatos, abarcando igualmente as questões de direito. Assim, a legalidade estrita não apenas pressupõe a descrição, no tipo penal, de um fato certo, determinado e, por isso, verificável, mas também, no tipo penal, de um fato certo, determinado e, por isso, verificável, mas também um direito que não seja muito vago e incerto, que não dê margem a amplas interpretações, mediante as quais poderia haver uma indevida ampliação da criminalização. Sua atividade deve ser essencialmente recognitiva (do direito) e não criativa do direito. Dessa forma, também todas as questões de direito (classificação do delito) têm que ser suficientemente claras.

A legalidade penal constitui o princípio a orientar a jurisdição penal, e por isso, da mesma maneira que os delitos e suas penas devem estar previstos antes do fato, de maneira clara e precisa, sem que se admita o emprego da analogia, deverá ser na aplicação da pena, quando os critérios quantitativos a serem aumentados e diminuídos devem ser fixados pela norma, sob pena de permitir a vulnerabilidade das garantias instituídas em prol de um direito penal garantista. Por isso, cabe ao sistema prever hipóteses legais taxativas, precisas, afastando-se termos vagos e imprecisos e valorativos, como o são a conduta social e a personalidade do agente.

3.4 O JUIZ E AS FORMAS DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA: DISTRIBUTIVA E COMUTATIVA

A conduta do juiz deve guiar-se pela ética, pela moral e pelo princípio da

isonomia para que a justiça prevaleça, devendo pautar-se por fazer com que o agente repare a ofensa cometida contra a vítima, sendo a reparação, o ato de levar a vítima ao *status quo ante*. Visto que não sendo possível tal reparação, pois sempre há consequências para a vítima o que levará o juiz a aplicar uma pena em forma de represália ao ato praticado pelo agente.

Para que a justiça seja aplicada com equidade o juiz deverá usar a justiça distributiva amparado pelas ideias de Aristóteles (*apud* Caixeiro, 2011, p. 74): “Conjunção do primeiro termo de uma proporção com o terceiro, e do segundo com o quarto, e o justo neste sentido é o meio-termo e o injusto é o que viola a proporção”.

Nesse momento a vítima e seus entes queridos buscam o que é justo, ou seja, a justiça; pretendendo que o agente repare a ofensa causada a vítima. Nesse ponto que a virtude do juiz deverá prevalecer fazendo justiça a cada um na medida de seus anseios.

Nestes termos afirma Caixeiro (2011, p. 76):

[...] os indivíduos são, por natureza, diferentes entre si e, o que pode ser justo para um, conforme a utilização de sua virtude pode ser diferente para o outro. Daí a não operacionalização deste modo racional e válido de entendimento de justiça nos dias atuais, considerando-se o alto grau de complexidade social vivido, bem como os acentuados fatores distinguidores, conforme a aquisição, por exemplo, de educação, de cultura, econômicos, dentre outros, entre os seres e as diversas sociedades.

A justiça distributiva, portanto, privilegia a vontade coletiva em detrimento do direito individual. Quando se fala em reciprocidade na reparação da vítima ao seu *status quo ante*, acontece quando o agente faz a reparação da ofensa sem a intervenção do Estado. No Código Penal em seu artigo 15 trata do arrependimento eficaz, o qual se caracteriza quando o agente mesmo tendo ultimado o processo de execução do crime, voluntariamente desenvolve nova atividade que impeça o resultado. Para Hungria a punibilidade prevista no artigo 107 do Código Penal deverá ser extinta.

Nesse sentido Caixeiro (2011, p.76) que:

Com razão, se as partes, maiores interessadas na resolução do conflito, se compusessem, não havia razão de ser da intervenção coletiva. Para tanto, é necessário que ambas as partes como forma de agir virtuosamente, portanto, agir pela justiça, abrissem mão de parte daquilo que lhes amparava como direito a fim de proporcionar a recomposição.

O modelo da justiça meio-termo de Aristóteles não seria aplicável sem as devidas adequações nos dias atuais, pois, precisaria de diversas adaptações para que pudesse surtir seus efeitos. O conceito de justiça sofreu alterações com o passar do tempo e o que era considerado justo para determinada época pode não o ser mais para a sociedade atual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo penal é o instrumento pelo qual o Estado desenvolve o processo e aplica a sanção penal. Em razão disso, é preciso que todo o seu tramite aconteça seguindo o devido processo legal, e o juiz atue como agente vinculado ao contexto social democrático, e por fim observe as normas e princípios que orientam o sistema, com finalidade de realizar o sentimento de justiça.

A Constituição Federal prevê o Estado Democrático de Direito, o qual tem a função de nortear e assegurar a todos os direitos sociais e individuais. A constituição ainda impõe uma série de direitos a ser assegurado a todos, tendo a democracia, como regime político que orienta esse Estado de Direito, que privilegia não somente a vontade do Estado, mas principalmente a do cidadão perante o Estado, por que a razão deste é a própria existência do primeiro.

Ao prever a organização do Estado dessa maneira, a Constituição impõe como o Estado deverá ser organizado e de que maneira o processo deverá se desenvolver e aduz ao contraditório, a ampla defesa e ainda a necessidade das motivações das decisões dos magistrados.

Sendo pautado por um Estado Democrático de Direito, é preciso que o processo penal seja desenvolvido tendo como norte a Constituição Federal e suas imposições, sendo vedadas decisões arbitrárias. E a função do juiz nesse processo deve ser pautada tendo por base a existência de limitações e vedações do poder estatal como forma de proteção aos direitos do indivíduo frente ao Estado.

Tendo como base esses princípios, e ainda o garantismo penal, que busca desenvolver um processo respeitando os direitos dos cidadãos, é necessário que na aplicação da aplicação da pena, utilizando-se do sistema trifásico, o juiz tendo como base no momento inicial quando fixa a pena base, os critérios previstos no art. 59 do Código Penal, não sejam utilizados critérios subjetivos, como a conduta social e a

personalidade do agente, que não possam ser valorados objetivamente pelo juiz, podendo ser influenciados por conceitos culturais e educacionais de formação do juiz, contrariando o princípio da legalidade, que exige que os crimes, as penas, assim como os critérios de fixação da pena sejam previstos de maneira taxativa, clara e precisa.

A legalidade penal deve constituir o princípio a orientar a jurisdição penal, e por isso, da mesma maneira que os delitos e suas penas devem estar previstos antes do fato, de maneira clara e precisa, sem que se admita o emprego da analogia, deverá ser na aplicação da pena, quando os critérios observados deverão estar previstos objetivamente na norma e os quantitativos a serem aumentados e diminuídos devem ser fixados previamente pela norma, o que não acontece quando se refere aos elementos do art. 59 do CP.

Em face disso, cabe ao sistema prever hipóteses legais taxativas, precisas, afastando-se termos vagos e imprecisos e valorativos, como o são a conduta social e a personalidade do agente, sob pena de, desta maneira, estar infringindo o princípio constitucional da legalidade e outros correlatos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 07 abr. 2016.

_____. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 18 mar. 2016.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

BETIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Tradução. Vol. III, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. 17.ed. rev., ampl. e atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus critérios de Aplicação**. 6. ed.rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

BOZZA, Fábio da Silva. **Teorias da pena**: do discurso jurídico à crítica criminológica. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

CAIXEIRO, Bruno Milenkovich. **Ordenamento Jurídico penal (tributário)**: reflexões e críticas. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Tradução de Raquel Ramalhete. História da violência nas prisões. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 15. ed., ver. E atual. Por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2001.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução Flamarion Tavares Leite. São Paulo: Martim Claret, 2009.

_____. **Crítica da razão prática**. Tradução. São Paulo: Martim Claret, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. Salvador: Jus Podviun, 2016.

LYRA, Roberto. **Comentários ao código penal**. Vol. II, 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado** – parte geral – vol 1. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Processual Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

PASCHOAL, Luana. **O juiz e a aplicação da pena: análise doutrinária, jurisprudencial e deontológica**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2014.

ROING, Rodrigo Dutra Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

STREK. Lenio Luiz. **O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas**: O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512448/001041585.pdf?sequence=1>. Acesso em 11 mai. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.

_____. **Manual de direito penal: parte geral e parte especial**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.

Oliveira, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.